



POR
DON IOSEPH
DONGO,
CON
D. BARTOLOME DONGO,
SV HERMANO.



N.1. EN El hecho se supone, que Doña Maria Magdalena Cebolin, muger de Bartolome Dongo, hizo su testamento, en que dexô por herederos por iguales partes a sus hijos; en el qual dicho testamento ay vna clausula, de que se motiua este pleyto, que a la letra es como se sigue.

Clausula de testamento de Doña Maria Magdalena Cebolin.

N.2. *Y Otrosi le doy, y concedo todos los poderes, y facultades de derecho necessarios, a el dicho Bartolome Dongo mi marido, para que si quisiere, y fuere su voluntad, en el termino del derecho, y fuera del, como le pareciere, pueda en mi nombre, y representando mi propia persona, y como si yo fuera viua, pueda mejorar, y hazer*

mejora de todo el remaniẽte de el quinto de mis bienes, aſsi muebles como rayzes, deudas, derechos, y acciones, y otras coſas que yo dexare a el tiempo de mi fin, y fallecimiento, y de qualquier parte de ello, en vno, dos, o mas de mis hijos, y ſuyos, y de qualquier de ellos. la qual dicha mejora pueda hazer llanamente, ſin cargo ninguno, o vinculada, y grauada con la legitima, o legitimas de aquello, o aquellos en quien hiziere la dicha mejora, o mejoras; y para que no queriendo aceptar la dicha mejora con cargo de vincular tambien ſu legitima, paſſen a otro, y otros de mis hijos, a quien el dicho mi marido nombrare, y ſeñalare con el meſmo cargo y grauamen, y en la dicha forma, y por la dicha orden, y con cargo de el dicho vinculo, y grauamen, y con las demas cargas, y obligaciones, y clauſulas que quiſiere poner, y aſſentar, o libremente, y ſin ellas, pueda hazer la dicha mejora, o mejoras del dicho tercio, ê remaniẽte del quinto de mis bienes. Y de eſte poder, y facultad ha de poder vſar el dicho Bartolome Dongo mi marido, ſi quiſiere, para cuyo efecto ſe lo concedo en la mas amplia, y cumplida forma que puedo, y de derecho ſe requiere, ſin limitacion alguna, y con toda libre, y general adminiſtracion; y para otorgar qualeſquier papeles, y recaudos, y eſcripturas que en razon de ello cõuengan, con las fuerças, vinculos, y firmezas, y otras clauſulas, y declaraciones que para ſu mayor validacion ſe requieran. Y ſi el dicho mi marido no quiſiere vſar del dicho poder, ni hazer la dicha mejora, lo pueda hazer, a cuya voluntad, y parecer lo dexo, y remito, porque la ſuya en quanto a lo contenido en eſta clauſula, es la mia, como perſona que en el caſo harà lo que mas conuiene hazerſe, por la mucha ſatisfacion que tẽgo del dicho mi marido, a quien yo tanto, he querido, y quiero.

3 Deſpues de la muerte de la dicha Doña Maria Magdalena, el dicho Bartolome Dongo parecio ante la juſticia, y por peticion que preſentô, pidio que ſe hizieſſe particion entre el ſuſodicho y ſus hijos, de los bienes que auian quedado por fin y muerte de la dicha ſu muger, para que a cada vno ſe le adjudicaſſe la cantidad que huuieſſe de auer, y le tocaſſe, y que para ello ſe les nombraſſe Curador ad litem.

4 Y parece, que la dicha particion ſe hizo auiendo aceptado los Menores, hijos de la dicha Doña Maria Magdalena, la herencia de la dicha ſu madre; la qual ſe diuidio igualmente entre ellos, ſin mejorar a ningnno, porque el dicho Bartolome Dongo por entonces no lo auia hecho en nombre de la dicha ſu muger.

5 Acabada la dicha particion, y preſentada ante el Juez, el dicho

cho Bartolome Dongo pidio que se aprobasse, y de su pedimiento, auiendo dado traslado a el Curador de los dichos Menores, se aprobò por sentencia, en que condenò a todas las partes a estar y passar por ella; la qual sentencia quedò consentida y passada en cosa juzgada, y se executò pagando, como pagò el dicho Bartolome Dongo a los dichos sus hijos su legitima materna, segun y como se le auia adjudicado, sin sacar ninguna mejora, lleuando cada vno la parte que le tocò sin ninguna desigualdad, por auerse hecho, y partido los dichos bienes igualmente entre todos.

6 Despues demas de diez y ocho años, el dicho Bartolome Dongo por vna escritura que otorgò en fauor del dicho Don Bartolome Dongo su hijo, dixo que en virtud de la facultad que la dicha su muger le auia concedido para que pudiesse mejorar al que le pareciesse de sus hijos, vsando della mejoraua, y mejorò a el dicho Don Bartolome Dongo en el remaniente del quinto de los bienes que dexò la dicha Doña Maria Magdalena su muger.

7 En virtud de la dicha mejora pretende el dicho Don Bartolome Dongo, que los dichos sus hermanos le han de dar satisfacion, y que la dicha particion se ha de boluer a hazer, adjudicandole y pagandole la dicha mejora.

8 El dicho Don Ioseph Dongo pretende lo contrario, de que la dicha particion no se ha de boluer a hazer; porque auiendose hecho la dicha particion de pedimiento del dicho su padre, y estando aprobada por sentencia de Iuez competente, no le quedò facultad a el dicho su padre para hazer la dicha mejora despues de tanto tiempo.

9 Y estando este pleyto concluso, el Teniente Don Manuel de Coruera, en cuyo juzgado passa, y el Teniente Don Bartolome Velazquez su acompañado, pronunciaron diferentes autos.

10 El dicho Don Manuel de Corbera, de que se boluiesse a hazer la dicha particion, y sacasse la dicha mejora, y pagasse a el dicho Don Bartolome Dongo.

11 Y el dicho Don Bartolome Velazquez denegò a el dicho D. Bartolome Dongo lo que pretendia, declarando no auer lugar de boluerse a hazer la dicha particion. De los quales autos difinitiuos està apelado para esta Real Audiencia.

12 Y pretende el dicho Don Ioseph Dongo, se confirme el auto que pronunciò el dicho Don Bartolome Velazquez, y reuoque el del dicho Don Manuel de Corbera.

DO-

13 ESto supuesto, parece ser justo el auto del dicho Teniente D. Bartolome Velazquez, y que se debe confirmar, y reuocar el del dicho Teniente Don Manuel de Corbera, por los fundamentos siguientes.

14 Lo primero, porque en la mas probable y juridica sentencia, la disposicion de la dicha Doña Maria Magdalena, conferida toda en la libre voluntad del dicho su marido, segun lo que quisiesse disponer en fauor de alguno, o algunos de sus hijos, o dexar de hazer, no valio, por ser captatoria; ex eo quod substantia dispositionis non potest conferri in liberam voluntatem tertij.

15 Por muchas razones. La primera, quia actus morientis non potest pendere ex consensu viuentis; nec vnus actus potest implicare actum morientis, & viuentis, quia non esset mera voluntas. l. fin. & ibi Bal. C. communia prædi.

16 La segunda, quia testamētū dici non potest vbi non est voluntas nostra, sed alterius; nam quod voluntas alterius mea sit possibile, non magis est quàm quod anima alterius anima mea sit, vt inquit. Bald. in l. captatorias. C. de testamen. milit.

17 La tercera razon, quia voluntas commissarij non est voluntas testatoris, cùm voluntas sit anima volens, & in animabus datur distinctio, vt notat Tello Fernandez in l. 31. Tauri num. 7. d. l. captatorias. l. vtrum, §. cum quidam. ff. de rebus dubijs l. vnum ex familia, in principio. ff. de legatis secundo, l. fideicommissa. §. sic fideicommissum. ff. de legatis. 3. l. illa institutio. ff. de hæredib. instituendis, vbi communiter DD.

18 Lo qual no està alterado por la l. 31. de Toro, oy quinta, tit. 4. lib. 5. recopilationis, como expressamente lo resoluio Rodrigo Suarez, en el tratado de captatoria voluntate, desde num. 14. ibi: *Conclusiuè autem ex prædictis habes, quod in voluntate dispositoria non potest committi in tertium, sed per modum electionis, seu declarationis sic, sed ne decipiaris credens, quod simpliciter per viam declarationis, seu electionis possit committi institutio in voluntatem tertij, sed debes sic intelligere, vbi sola electio, seu declaratio personarum committitur tertio, ita quod principalis dispositio, & eius substantia à testatore facta est: ita quod commissario non eligente, nec declarante nihiloninus dispositio, & institutio remaneat firma vt in casu. l. cum quidam. l. si quis Titio. ff. de leg. secundo, in dict. l. vnum ex familia. Quia vtrum sit dandum vel ne, nō committitur*

in

in voluntatem alterius, sed quid dandum, vel destribuendum sit inter certos de incertis; & sic intelliguntur iura antea allegata, nam si dispositio substantialis committitur in voluntatem alterius, scilicet vtrùm sit dandum, vel ne, etiam si per modum electionis, seu declarationis captatoria est, & reprobata; quia in effectu eodem modo confertur in voluntatem tertij per hæc verba. Institituo hæredes eos, quos volueris, seu quos elegeris, &c.

19 Y lo presupone Antonio Gomez in dicta l. 31. Tauri.

20 Y Velazquez de Auendaño num. 5. ibi: *Neque ex commissione ad eas faciendas dicetur in arbitrium tertij dispositionis substantiam conferri, sed electionem vnius incerti de certis filijs commissario fuisse concessam: Vnde nimirum si predicta valeant absque nominatione eius, qui meliorandus est.*

21 Y lo mesmo presupone el señor Luis de Molina, en el lib. 2. cap. 4. num. 3. ibi: *Non enim in hac dispositione eiusdem substantia, sed solùm personarum declaratio in alterius voluntatem confertur, quod iure permissum est.*

22 Y expressamente su Adicionador con Mieres, el Padre Molina, y otros muchos que cita en el num. 3. y 4. ibi: *Vbicumque substantia dispositionis in liberum arbitriũ non confertur, sed tantùm electio personæ valet dispositio, non è contra, & est authoris conclusio, & communiter tenenda.*

23 Y lo mismo tiene, y defiende nouissimamente Carpio contra el señor Don Iuan del Castillo, lib. 2. de executoribus, cap. 17. à num. 15. cuius sententia non est tenenda, por las fundamentos que refiere Carpio, y porque los Authores que alega por ella antes tienen lo contrario.

[illegible] Y lo que mas es, porque el dicho señor Don Iuan del Castillo en el lib. 5. cap. 67. supone lo mesmo que vamos diziendo con muchos Autores que refiere en el num. 1. ibi: *Indeque voluntatem testantis, vt in maioratu fideicommisso, & alijs ex electione alicuius succedatur validam esse de iure, non enim in hac dispositione eiusdem substantia, sed solùm personarum declaratio in alterius voluntatem confertur, quod iure permissum est.*

25 Lo qual se prueba expressamente por la dicha ley 31. en la qual solo se permite, que se pueda dar facultad, y poder para nõbrar heredero, hazer mejoras, y substituciones, nombramiento de Tutores, por la forma que en la dicha ley se dispone: todos los quales son actos afirmatiuos, para que el dicho Comissario execute lo que el testador hiziera, el qual lo puede dexar de hazer,

 ono,

o no, executando el mandato, o dexando passar el tiempo.

26 No empero se permite por la dicha ley, que se pueda dar facultad tan amplia, y libre como la dicha Doña Magdalena le dio a el dicho Bartolome Dongo su marido, de que hiziesse, o no la dicha mejora, gouernandolo por su voluntad y parecer; porque la del dicho Bartolome Dongo, a quien lo remitia, seria la de la susodicha; por estar esto reprobado por Derecho, por las razones, y fundamentos que se han dicho. Y porque in vltima voluntate causa efficiens est solus testator, & non alius. d. l. illa institutio.

27 El qual discurso se prueba euidentemente. Lo primero con doctrina de Antonio Gomez in dicta l. 31. Tauri, ibi: *Nec obstat si dicas, quia videtur commissum in voluntatem suam, & sic commissarij cum possit facere, vel non facere testamentum, vel facere validum, & solemne de iure, vel non. Sed respondeo quia non dependet in totum, & expressè de voluntate alterius, sed tacitè, & casu quo nullum faceret testamẽtum, vel fecerit, & non solemne, quæ non vitiat dispositionem; quia expressè, & absolutè non ponitur in eius voluntate, sed solùm in illo facto, & actu ab eo explicando. Arg. tex. in l. non numquam. ff. de cond. & demonst. vbi habetur quod potest quis alium instituere sub conditione, si alter tertius ascendat Capitolium, licèt ascendere, vel non ascendere pendeat ex voluntate eius.*

28 Lo segundo ex l. si quis Sempronium, de hæred. inst. de ninguno ponderada para este intento, ibi; *Si quis Sempronium hæredem instituerit sub hac conditione, nisi Titius in Capitolium ascenderit, quamuis non aliàs heres esse possit Sempronius, nisi Titius ascendisset in Capitolium, & hoc ipsum in potestate sit repositum Titij, quia tamen scriptura non est expressa voluntas Titij, erit vtilis ea institutio. At quin si quis ita scripserit: Si Titius voluerit Sempronius heres esto: non valet institutio quædam enim in testamentis si exprimantur, effectum nullum habent, quando si verbis tegantur, eandem significationem habeant, quam haberent expressa.*

29 Lo tercero, porque la dicha ley, y las demas de Toro no son derogatorias del Derecho comũ, sino declaratorias. Bien al intẽto lo discurre Carpio, dict. lib 2. cap. 17. num. 27. ibi: *Leges enim hæc non sunt derogatoriæ iuris communis, & partitarum ex quibus dispositionis substantia commissario iniungi non poterat, vt hoc lib. cap. 6. & alijs in locis annotauimus, sed declaratoriè, vt communiter ibidem scribentes profitentur, & dicto cap. 8. 9. & 11. huius libri in versiculis assignatis in principio huius capitis eos commemoramus,*

m̃us, nec leges Regiæ correctionem inducunt, nisi expreßin disponatur, ex Gregorio Lopez, Ioanne Gutierrez, nostro Molina, & alijs adductis supra lib. 1. cap. 16. in fine. Quare credendum, ac præsumẽdum non est hanc prohibitionem (nec vltima dispositio in alterius voluntatem conferatur) tot. iuris Consultorum responsis decisam, tãtisque rationibus adstructam, & omnium Doctorum communi placito munitam, & defensam, ac tantis temporibus obseruatam, ac iure patrio partitarum approbatam; explosam, atque repellendam esse absque expresis verbis legis derogatoriæ, talitèr, quod in re grauissima, & frequentissima adeò in posterum dubitatio aliqua rationibus nobis expreßis, adductis, & cõsideratis remanere possit, nec per subbauditos, & tacitos intellectus correctio inducetur, ex Gregorio citato, cui accedit Gutierrez lib. 3. practicarum quæstion. quæst. 29. num. 5. & 9. noster Molina libro 2. de primogenitis. cap. 8. num. 29. versic. His tamẽ non obstantibus, vsque ad versiculum, Quod cõprobatur, quod maximè perpiciendum, & considerandũ est cum ex verbis dict. legis 31. Tauri, nec expreßè nec tacitè prædicta correctio inducatur.

30 Lo segundo, porque la dicha disposicion la debio hazer el dicho Bartolome Dongo, en caso que se le pudiesse cometer dentro de quatro meses, y no despues de tantos años, como lo nota Azeuedo in dict. l. 5. num. 14.

31 Lo tercero, porque auiendo, como auia mas de diez años que el dicho Bartolome Dongo se auia casado de segundo matrimonio, no pudo vsar de la facultad, y poder que la dicha Doña Maria Magdalena su muger le dio; porque en este caso se entiende reuocado por la mudança de estado, como expressamente lo resuelue Espino de testamentis. glos. 5. in principio. num. 38. ibi: *Ex quo infertur ad vnum singulare in praxi, quod si maritus in articulo mortis commißit vxori suæ testamenti factionem, & ipsa post eius mortem transit ad secunda vota, eo ipso videtur mandatum reuocatum, & non potest vlterius testamentum facere: nam vxor per talem contractum mutat mores prioris mariti, & afficitur quodam modo iniuria marito priori propter transitum ad secundas nuptias.*

32 Lo quarto, porque auiendo vsado, como vsò el dicho Bartolome Dongo, de la facultad que la dicha su muger le dio, de no mejorar a ninguno de sus hijos, por la dicha clausula ibi: *Y si el dicho mi marido no quisiere vsar del dicho poder, ni hazer la dicha mejora, lo pueda hazer, a cuya voluntad, y parecer lo dexo y remito, porque la suya en quanto a lo contenido en esta clausula, es la mia.* No pudo

del-

despues de tantos años arrepentirse, y hazer la dicha mejora. l. fideicommissa. 11. §. si fideicommissum. ff. de legatis tertio, ibi: *Sic fideicommissum relictum, nisi hæres meus noluerit illis decem dari volo, quasi conditionale fideicommissum est, & primam voluntatẽ exigit; ideoque post primam voluntatem non erit arbitrium hæredis dicendi noluisse.* vbi glos. l. 1. §. prodest. ff. quorum leg.

33 Aunque huuiera reseruado en si el poder para lo reuocar, añadir, o menguar, o hazer otra disposicion; quanto mas no lo auiendo hecho. l. 9. tit. 4. l. 5. Recop. ibi: *El Comissario no puede reuocar el testamento que huuiere por virtud de su poder vna vez hecho, ni pueda despues de hecho fazer codicilio, aunque sea ad pias causas, aunque reserue en si el poder para lo reuocar, o para añadir, o amenguar, o para fazer codicilio, o declaracion alguna.*

34 Y que huuiesse vsado de la dicha facultad de no mejorar a ninguno de sus hijos, y que tuuo por bien de que sucediessen igualmente a la dicha su madre, se prueba euidentemente, porque de su pedimiento se hizo la particion de los bienes que la dicha Doña Maria Magdalena dexò entre el dicho Bartolome Dongo, y sus hijos, entre los quales se repartieron igualmente sin sacar ninguna mejora. La qual dicha particion no solo consintio el dicho Bartolome Dongo, sino que pidio a el Iuez que la aprobasse.

35 En el qual hecho non factum etiam continetur, Mantica de tacitis, & amb. lib. 24. tit. 9. num. 16. de que su voluntad fue que partiessen igualmẽte los dichos bienes, y de no mejorar a ninguno. Geronymo Magon. decis. Flor. 3. num. 18. ibi: *Non esse sublatam ratificationem, quæ ne dum scripto verbis, & facto fit, vt dictum est, sed etiam ex non facto inducitur.* Crauet. cons. 91. num. 10. Menoch. de recuper. poss. remed. 5. num. 125.

36 La qual se explicô mas bien haziendo la dicha particion, y pidiendo se aprobasse, y consintiendola que si expressamẽte huuiera dicho que no queria mejorar a ninguno, quia voluntas magis factis quã verbis declaratur: cap. dilectij filij de appellationibus. l. si tamen. §. ei. ff. de edilit. l. Paulus. ff. rem. rat. hab. l. reprehendenda. C. de inst. & subst. Magon. decis. Flor. 3. num. 17. Tusch. litera F. concl. 301. Surdo cons. 445. num. 15. Gratian. disceptat. foren. cap. 368. n. 11. & 547. num. 12. ibi: *Et plus est facto demonstrare quàm verbis.*

37 Et quia diuisio, atque partitio facta est species alienationis. l. 1. C. com. vtriusque iud. l. si pupillorũ. ff. de reb. eorum, respondit

dit Crauetta conſ. 264. num. 8. Decio. conſ. 87. vol. vltimo, Menochio conſ. 210. num. 9. D. Valençuela conſ. 129. num. 77.

38 Y porque fue lo meſmo auer hecho la dicha particion, y conſentidola, y executadola, pagando como ha pagado a los dichos ſus hijos ſu legitima materna ſin mejorar a ninguno, que auerlos mejorado a todos igualmente para que partieſſen, como partieron los bienes de la legitima materna con toda igualdad: quia paria ſunt aliquid dare, vel ei non adimere cum poſſet. l. 1. §. ſciendum. ff. de leg. tertio ibi: *Vel dum ei s datur, vel dum eis non adimitur.* Notat Rodrigo Suarez in l. quoniam in prioribus. C. de inofficioſo teſtamento, limit. 1. num. 16. fol. 464. Surdo conſ. 262. num. 11.

39 De que ſe ſigue, que auiendo enagenado, y repartido los bienes de la herencia que dexò la dicha Doña Maria Magdalena entre ſus hijos igualmente, auer quedado, como quedò conſumida la facultad, y poder que le dio de mejorar, o no mejorar a alguno de ellos, ſin que pudieſſe hazer la dicha mejora deſpues de tãto tiempo.

40 Eſto aunque fuera informe, y menos ajuſtadamente hecha la dicha diſpoſicion, por auer en virtud della adquirido el dominio de los dichos bienes los dichos ſus hijos, ſin ninguna diminicion, ex adductis à Salgado de retentione Bullarum. 2. parte, cap. 23. â num. 39.

41 Tanto mas auiẽdoſe hecho de comun conſentimiẽto no ſolo extrajudicialmente, ſino guardando la forma judicial, y con autoridad de Iuez: ſiendo aſsi, quòd in iuditio quaſi contra hitur, ſin que deſpues de conteſtado ninguno de los litigantes pueda variar. l. licet. 3. §. idem ſcribit. ff. de peculio, ibi: *Nam ſicut in ſtipulatione contrahitur cum filio ita in iuditio contrahi.*

42 Y por eſtar, como eſtan condenados todas las partes a eſtar, y paſſar por la dicha particion, por ſentencia conſentida, y paſſada en coſa juzgada, que ni el dicho Bartolome Dongo pudo contrauenir con la mejora que deſpues hizo, ni el dicho Don Bartolome Dongo en virtud de ella, ex qua nõ ſolùm exceptio, verùm actio iudicati compete al dicho Don Ioſeph Dongo, d. l. licèt. §. idem ſcribit, ibi: *Perinde non originem iudicij ſpectandam, ſed ipſam iudicati veluti obligationem.* Et prior illa cauſa nouatur per conteſtationem. l. delegare 11. §. 1. de nouat. multo magis per ſententiam. l. vlt. C. de vſuris rei iudicatæ.

43 Contra lo qual es de ningun momẽto el motiuo del auto del

C Te-

Teniente Don Manuel de Corbera, de que el dicho Bartolome Dongo no dixo que vsaua del poder que le auia dexado la dicha su muger quando hizo la dicha particion con sus hijos, sino que pidio que se hiziesse, como se hizo, para que se diuidiessen los bienes que a cada vno tocaua, mediante lo qual despues de ella pudo vsar del poder y facultad que la dicha su muger le dexò, por no auerse consumido.

44 Porque se responde. Lo primero, que no necessitò de vsar de la dicha facultad en nombre de la dicha su muger, y como executor de voluntad agena; porque como se ha dicho, y se reconoce de la clausula del testamento que se ha referido, esto quedô a la libre disposicion, y beneplacito de el dicho Bartolome Dongo, que es lo mesmo que se dixera, si voluerit, cō Bart. Menoch. cons. 210. num. 16. ibi: *Quæ sanè verba, ad beneplacitum idem videtur significare, ac si dictum fuisset si voluerit*, como expressamente lo dixo ibi: *Y si el dicho mi marido no quisiere vsar del dicho poder, ni hazer la dicha mejora, lo pueda hazer, a cuya voluntad, y parecer lo dexo y remito, porque la suya en quanto a lo contenido en esta clausula es la mia, como persona que en el caso harà lo que mas conuiene hazerse*. Con lo qual bastò que explicasse su animo y voluntad propria, haziendo la dicha particion igualmente entre los dichos sus hijos, que fue de que no se desigualassen, como la explicô expressamēte, sin que necessitasse de otras palabras, ni disposicion, Menoch. dict. cons. 210. à num. 24.

45 Lo segundo se responde, que quando lo dicho cessàra, no fue necessario que el dicho Bartolome Dongo expressasse que lo hazia en virtud del poder y facultad que la dicha Doña Maria Magdalena le auia dexado, para mejorar, o dexar de mejorar a sus hijos: porque actus debet semper interpretari, vt aliquid operetur, non autē vt sit inanis, & vtilis. l. quoties. ff. de rebus dubijs. *Quod procedit, vt censeatur factus ea authoritate, & eo nomine quo valet, etiam si simpliciter fiat, etiam si faciens ignoraret se authoritatem habere, & actus qui duplici iure geri potest, censetur gestus eo iure quo melius valet*. Palabras son de Tusch. que lo discurre con muchos Doctores, y exemplos litera A. cons. 136. à num. 1.

46 Lo tercero se responde, que siendo assi quòd fines mādati diligenter sunt inspiciendi, mayormente para ordenar el Comissario el testamēto que se le cometio ordenasse, para lo qual lo mas que se le concede, es termino de vn año, estando fuera de estos Reynos, conforme a la ley 7. tit. 4. lib. 5. de la recop. no parece que

que tuuo poder para hazer la dicha mejora el dicho Bartolome Dongo, como la hizo cerca de veinte años despues del otorgamiento del dicho poder estando las cosas en tan diferente estado, como es auer hecho la dicha particion con sus hijos, y entregadoles su legitima materna: pues es cosa cierta que la dicha Doña Maria Magdalena no le dio en este caso poder para que despues de tanto tiempo vsasse del, aunque dixera que lo pudiera hazer dentro, o fuera de el termino del Derecho. Porque esto se entiende a poco mas o menos, a arbitrio de buen varon, y no despues de tanto tiẽpo, & re integra, antes de auerse diuidido sus bienes, y entregadose a sus herederos: no empero despues de entregados, y consumidos, para introducir entre ellos pleytos de que restituyesse el vno al otro parte de los bienes que auia lleuado, q̃ es lo que se pretende: en el qual caso, por tener las cosas tan diferente estado, y entẽderse como se entienden todos los actos humanos rebus sic stantibus, latè D. Don Iuan del Castillo lib. 4. cap. 59. à num. 2. es cierto que obrò sin poder, quando no estuuiera consumido, como se ha dicho, con la dicha particion; y porque electio debet fieri statim, & sine mora quàm primùm id fieri potest, como con Bart. lo nota Surdo decis. 226. num. 7.

47 De que se sigue, ser justo el auto del Teniente Don Bartolome Velazquez, y que se debe confirmar, y reuocar el del dicho Don Manuel de Corbera. Saluo, &c.

Doctor Bernal Carrillo.